



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **PRIMER OTROSI:** Acompaña documentos. **SEGUNDO OTROSI:** Solicita suspensión de procedimiento que indica. **TERCER OTROSI:** Solicita alegatos. **CUARTO OTROSI:** Se traiga a la vista carpeta digitalizada. **QUINTO OTROSI:** Patrocinio y poder.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PABLO FRANCISCO LEMA VARGAS, trabajador independiente, cédula nacional de identidad número 12.584.630-0, domiciliado en Camino del Paisaje N°6509, Alto Macul, comuna de La Florida, a VS. Excma., respetuosamente digo:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República y artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, vengo en interponer requerimiento de inaplicabilidad por vicio de inconstitucionalidad de fondo, en contra de los preceptos legales contenidos en el artículo 22° del Decreto con Fuerza de Ley N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, toda vez que su aplicación para resolver la gestión pendiente en que incide esta acción resulta contraria a la normas constitucionales contenidas en los artículos 1, 5, 19 números 1°, 2°, 3° y 7° y 64 de nuestra Carta Fundamental, siendo su aplicación decisiva en la resolución de las causas por delito de acción privada **RIT N° 11932-2020** y **RUC N° 2010067018-7**, seguida ante el **2° Juzgado de Garantía de Santiago**, en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación paso a exponer:

I. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE ESTE REQUERIMIENTO

En conformidad con los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y según dan cuenta reiterados fallos de VSE., todo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, para ser declarado admisible, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- i) La existencia de una gestión judicial pendiente ante tribunal ordinario o especial y la calidad de parte del requirente en el mismo;
- ii) Indicar que la aplicación del precepto legal contra el que se formula el requerimiento puede resultar decisivo en la resolución del asunto;
- iii) Que los preceptos legales no han sido declarados conforme a la Constitución Política por el Excmo. Tribunal Constitucional
- iv) Que el requerimiento este razonablemente fundado, expresando las hechos y fundamentos en que se apoya e indicando como ellos producen coma resultado la infracción constitucional que se denuncia;
- v) Indicar los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman agredidas y
- vi) Cumplimiento de los demás requisitos legales. (Marylen Filloy Payret, María de los Ángeles Soto Correa, Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: Análisis jurisprudencial del periodo de marzo del año 2006 a marzo de 2010 en cuanto a los criterios de admisibilidad, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 44, año 2011, pp. 196 y ss.)

Pues bien, es del caso VSE que el presente requerimiento cumple con todos y cada uno de los requisitos señalados precedentemente, conforme se detalla a continuación:

i) Existencia de una gestión judicial pendiente y calidad de parte del requirente.

Respecto a este requisito se hace presente a este Excmo. Tribunal, que actualmente se sigue en mi contra un procedimiento simplificado por delito de acción penal privada ante el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, causa **RIT N° 11932-2020**, del mismo tribunal, según consta en certificado expedido por dicho tribunal y que adjunto en un otrosí de esta presentación.

En efecto, dicho procedimiento se encuentra en etapa de juicio oral simplificado con audiencias fijada para el próximo 01 de diciembre de 2021 en las que se conocerán

y resolverán la acción penal interpuesta y en la que inciden los preceptos legales objeto de este requerimiento.

Por otra parte, la calidad de interviniente y querellado o imputado en dicho procedimiento judicial, consta en el certificado expedido por el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, por lo que tengo legitimación activa para interponer el presente requerimiento.

ii) Las normas cuya inaplicabilidad se pide tienen rango legal y su aplicación resulta decisiva en la resolución del asunto.

Las disposiciones cuya declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad solicito, son los preceptos legales contenidos en el artículo 22° del Decreto con Fuerza de Ley N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, publicado con fecha 7 de octubre de 1982 (en adelante DFL N° 707)

"Artículo 22.- El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del Banco librado. El librador que gire sin este requisito o retire los fondos disponibles después de expedido el cheque, o gire sobre cuenta cerrada o no existente, o revocare el cheque por causales distintas de las señaladas en el artículo 26, y que no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque, de los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto, será sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal, debiendo aplicarse las del N° 3), aun cuando se trate de cantidades inferiores a las ahí indicadas. El plazo a que se refiere el inciso anterior se suspenderá durante los días feriados. En todo caso será responsable de los perjuicios irrogados al tenedor. No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición. Los fondos deberán consignarse a la orden del Tribunal que intervino en las diligencias de notificación del protesto, el cual deberá entregarlos al tenedor sin más trámite. Para todos los efectos legales, los delitos que se penan en la

presente ley se entienden cometidos en el domicilio que el librador del cheque tenga registrado en el Banco. El pago del cheque, los intereses corrientes y las costas judiciales, si las hubiere, constituirá causal de sobreseimiento definitivo, a menos que de los antecedentes aparezca en forma clara que el imputado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar. El sobreseimiento definitivo que se decrete en estos casos no dará lugar a la condena en costas prevista en el artículo 48 del Código Procesal Penal. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras adoptará medidas de carácter general conducentes a impedir que quienes fueren sobreseídos en conformidad al inciso 8° o condenados por infracción a este artículo, puedan abrir cuenta corriente bancaria durante los plazos que, según los casos, determine. El respectivo juez de garantía o tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso, comunicará a la Superintendencia la circunstancia de encontrarse una persona en alguna de las situaciones recién aludidas, dentro de tercero día de ejecutoriada la resolución correspondiente. Asimismo, la Superintendencia dictará normas de carácter general destinadas a sancionar con multa a aquellos Bancos respecto de los cuales pueda presumirse que, por el número de cheques que protesten en cada semestre, no dan cumplimiento cabal a las instrucciones sobre apertura de cuentas corrientes bancarias."

A este respecto se ha resuelto por este Excmo. Tribunal Constitucional que la expresión *precepto legal* es equivalente a la de norma jurídica de rango legal que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios que el legislador agrupa las disposiciones de una ley" (ROL N° 1535- 09). A su vez este Excmo. Tribunal ha declarado que la Carta Fundamental no ha establecido diferencias con el tipo o naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, sino que ha aludido genéricamente a las normas con rango o valor de ley exigiendo solamente que pueda resultar decisivo en la resolución del asunto (considerando decimo, sentencia ROL N° 472-2006). Esto es sin perjuicio de la exigencia de reserva legal en materia penal que será abordada como infracción constitucional más adelante.

En ese sentido, las normas indicadas, contenidas en el artículo 22° de DFL N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, constituyen preceptos legales con autonomía propia y

se bastan a sí mismas para ser objeto del presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

A su vez, como se expondrá, la aplicación de los preceptos legales en cuestión será decisiva para la resolución de la gestión pendiente, por ser necesarias para decidir el juicio penal y por encuadrarse en la hipótesis fáctica que regulan estas normas. De ser aplicados provocarían efectos contrarios a nuestra Constitución ya que vulneran los principios de legalidad penal, culpabilidad y presunción de inocencia, prohibición de la prisión por deudas, y proporcionalidad, como se expondrá más adelante.

En otras palabras, para resolver la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento, los preceptos legales invocados y contenidos en el artículo 22° del DFL N° 707 serán decisivos para el pronunciamiento que el tribunal penal adopte sobre la responsabilidad penal en los hechos que motivan la querrela interpuesta y traerán como consecuencia probable una sentencia condenatoria con imposición de una pena afflictiva provocando en concreto una grave vulneración de las garantías fundamentales indicadas.

iii) Los preceptos legales no han sido declarados conforme a la Constitución Política por el Excmo. Tribunal Constitucional

Cabe hacer presente a VSE., que los preceptos legales contenidos en el artículo 22° del Decreto con Fuerza de Ley 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, no han sido declarados constitucionales por pronunciamiento del Tribunal de VSE.

Los demás requisitos exigidos por la Ley Orgánica Constitucional de este Excmo. Tribunal Constitucional y que han sido enunciados precedentemente en los números iv); v) y vi), en razón de su extensión, serán desarrollados en los siguientes apartados:

II. HECHOS Y FUNDAMENTOS EN QUE SE APOYA ESTE REQUERIMIENTO.

1° La empresa IVIS S.A., de la cual soy representante legal, cuenta con aproximadamente 10 años en el mercado, llegando a ser durante un tiempo una de las principales empresas en el rubro de fabricación de ductos para la minería subterránea, para lo cual compra las materias primas a diferentes empresas, entre ellas IGENAR S.A.

2° Que, debido al gran volumen de compras efectuadas, y luego de varios años haciendo negocios sin problemas, la práctica comercial fue *documentar* el pago de las mercaderías entregadas por IGENAR S.A. a IVIS S.A., con cheques que se iban pagando una vez que el consumidor final (grandes empresas mineras) efectuaba el pago del producto.

3° En este contexto, fue que se giró el cheque posteriormente protestados y que dio origen a la gestión pendiente que fundan este requerimiento, la cual no pudo ser cubierta debido a un atraso en el pago de los consumidores finales, por lo que, dada la larga data de la relación comercial entre IVIS S.A. e IGENAR S.A., se solicitó a esta última otorgara mayor tiempo para proceder al pago, sin perjuicio de lo cual se protesto el cheque.

4° Llegado el estallido social de octubre de 2019, la situación económica de la empresa sólo empeoró. Se debió priorizar el pago de remuneraciones y mantener la producción, con la esperanza de cumplir los compromisos comerciales.

5° Lamentablemente, lejos de mejorar, llegada la Pandemia por Coronavirus a Chile, la situación económica de la empresa impidió el pago de los cheques que dieron origen a las causas pendientes que fundan este requerimiento.

6° Así, me enteré que con fecha 21 de diciembre de 2020, don JUAN SALOMÓN MANSÚ BARROS en representación legal de IGENAR S.A., dedujo querrela criminal en mi contra por delito de acción penal privada como supuesto autor de un giro doloso de cheque,

previsto y sancionado en el artículo 22° del DFL N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques (que acompaño en un otrosí de esta presentación). En dicha acción el querellante me imputa lo siguiente:

S. J. DE GARANTÍA DE SANTIAGO (2º)

JUAN AGUSTÍN CASTELLÓN MUNITA, abogado, cédula nacional de identidad número 6.379.839-8, domiciliado en Avenida Vitacura 2909, oficina 701, comuna de Las Condes, mandatario judicial y en representación convencional, según se acreditará en un otrosí, de IGENAR S.A., sociedad del giro importación y comercialización de productos para la industria gráfica, rol único tributario número 81.185.400-K, legalmente representada por su Gerente General don Juan Salomón Masnú Barros, contador, cédula nacional de identidad número 3.405.979-9, ambos domiciliados en Avenida Libertador General Bernardo O'Higgins N° 1730, comuna de Santiago, a US. respetuosamente digo:

Por este acto, y en la representación que invisto, interpongo querella criminal contra PABLO FRANCISCO LEMA VARGAS, ignoro profesión u oficio, cédula nacional de identidad número 12.584.630-0, domiciliado en Panamericana Sur, Kilómetro 27, Lote 68, Camino Interior, Comuna de San Bernardo, Región Metropolitana de Santiago, por los fundamentos de hecho y de derecho que expongo a continuación.

I. LOS HECHOS.

Mi representada Igenar S.A. es dueña de un cheque girado por don Pablo Francisco Lema Vargas en representación de COMERCIAL IVS S.A., sociedad cuyo giro comercial ignoro, rol único tributario número 76.077.129-5, domiciliada –según registro del Banco Itaú Corpbanca– en Los Coihues 701, Quilicura, Santiago; y en Panamericana Sur, Kilómetro 27, Lote 68, Camino Interior, Comuna de San Bernardo, Región Metropolitana de Santiago.

El cheque referido es el Serie 0107 del Banco Itaú Corpbanca, número 80911, cuenta corriente 0206132254, girado en favor de Igenar S.A. por la suma de \$3.905.580 con fecha de vencimiento para el día 20 de Diciembre de 2019, y que presentado a cobro, fue protestado el 23 de Diciembre de 2019 por la causal cuenta corriente cerrada, según consta de la respectiva acta de protesto.

Ante el 18º Juzgado Civil de Santiago, IGENAR S.A. inició una gestión preparatoria de notificación de protesto de cheques, entre los cuales se encuentra el documento singularizado en el párrafo precedente, específicamente bajo el número 1.27.- de dicho libelo.

La gestión preparatoria referida lleva por Rol el número C-1124-2020, está caratulada como IGENAR S.A. / COMERCIAL IVS S.A., y en ella consta que se procedió a la notificación judicial del protesto de cheques el 19 de febrero de 2020 y que se certificó, con fecha 09 de marzo de 2020, que no se consignaron fondos suficientes para el pago del capital, intereses y costas del documento que sirve de sustento a la acción deducida, ni se opuso tacha de falsedad a la firma, dentro del plazo legal.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto y conforme a lo prescrito en los artículos 111 y siguientes, 400 y siguientes del Código Procesal Penal, y las disposiciones del mismo Código contenidas en sus artículos 388 y siguientes y que resultaren aplicables; 22 y 42 del Decreto con

Fuerza de Ley Nº 707 de 1982; 467 del Código Penal y demás normas que resulten aplicables,

SOLICITO A US. tener por interpuesta querrela criminal contra PABLO FRANCISCO LEMA VARGAS, ya individualizado, por el delito de giro doloso de cheques; citar a la audiencia prevista en el artículo 403 del Código de Procesal Penal y, en definitiva, condenarlo a la máxima pena que contempla la legislación vigente para este delito, junto a las accesorias que procedan, y que conforme al artículo 467 Nº1 del Código Penal corresponde a la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 15 Unidades Tributarias Mensuales; al pago de lo defraudado, más las indemnizaciones procedentes, con sus reajustes e intereses, y al pago de las costas de la causa.

9° Posteriormente, con fecha 22 de diciembre de 2020, el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, respecto a esa presentación, resolvió en lo pertinente, lo siguiente:

“Santiago, veintidós de diciembre de dos mil veinte

A lo principal, por cumplir la querella que precede los requisitos legales, de conformidad lo disponen los artículos 400 y siguientes del Código Procesal Penal, se fija audiencia de delito de acción penal privada para el 14 de enero de 2021, en el bloque de las 10 00 horas sala 404, en una sala por definir, de este Segundo Juzgado de Garantía de Santiago (ubicado en Pedro Montt N°1606, Acceso o Edificio B, Cuarto Piso, Centro de Justicia de Santiago).

Al primer otrosí: Téngase presente, en su oportunidad.-

Al segundo otrosí, Por acompañados los documentos, sin perjuicio de su ofrecimiento e incorporación en la oportunidad procesal que corresponda.-

Al tercer otrosí: Téngase presente la personería y por acompañada copia de mandato judicial.-

Al cuarto otrosí, Téngase presente que el abogado JUAN AGUSTÍN CASTELLÓN MUNITA asume el patrocinio de la presente causa, déjese constancia en el SIAGJ.-

Al quinto otrosí: Como se pide, notifíquese en la forma solicitada.-

Notifíquese al (a la) querellado (a) personalmente, autorizándose desde ya la notificación subsidiaria dispuesta por el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que todas las búsquedas y la notificación deberán realizarse en días y horas distintos, bajo apercibimiento del artículo 33 del Código Procesal Penal, en el sentido de que su falta de comparecencia injustificada a la audiencia fijada, dará lugar a que sea conducido por medio de la fuerza pública a esta sede judicial, emplazamiento, que a su vez, se deberá realizar por medio de un Receptor Judicial, a costa de la parte querellante. Notifíquese a los demás intervinientes vía correo electrónico.

Rit 11 932 - 2020

Ruc 2010067018-7

RESOLVIÓ CLAUDIA VIVIANA HERMOSILLA TORO, JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO.”

10° Que, en la causa se efectuó audiencia de acción penal privada en las cuales no reconocí responsabilidad en los hechos imputados, por lo que el tribunal de garantía fijó audiencia para preparación del juicio oral simplificado para el día 20 de mayo de 2021 a las 09:30 horas juicio que se encuentra pendiente y en el cual es posible obtener una sentencia condenatoria por la aplicación de los preceptos legales cuya declaración de inaplicabilidad solicito por transgredir las normas constitucionales citadas en la forma que indicaré más adelante.

11° Esta situación de injusticia e infracción a las garantías fundamentales penales, a consecuencia de la aplicación de un estatuto de responsabilidad penal objetivo que se desprende de los preceptos legales que se impugnan en este requerimiento, como exponremos más adelante, provocan una violación y una inconstitucionalidad de fondo, que únicamente este Excmo. Tribunal puede evitar.

III. PRECEPTOS LEGALES CUVA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

Los preceptos legales cuya inaplicabilidad en las gestiones pendientes se solicita, son los contenidos en los incisos primero, segundo, quinto y octavo del artículo 22° del DFL N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques que en lo particular indican:

Artículo 22.-

Inciso primero: *"El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del Banco librado.*

Inciso segundo: *El librador que girare sin este requisito o retirare los fondos disponibles después de expedido el cheque, o girare sobre cuenta cerrada o no existente, o revocare el cheque por causales distintas de las señaladas en el artículo 26, y que no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque, los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha*

en que se le notifique el protesto, será sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal, debiendo aplicarse las del N° 3), aun cuando se trate de cantidades inferiores a las ahí indicadas."

Inciso quinto: *"No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición."*

Inciso octavo: *"El pago del cheque, los intereses corrientes y las costas judiciales, si las hubiere, constituirá causal de sobreseimiento definitivo, a menos que de los antecedentes aparezca en forma clara que el imputado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar. El sobreseimiento definitivo que se decrete en estos casos no dará lugar a la condena en costas prevista en el artículo 48 del Código Procesal Penal."*

Las normas contenidas actualmente en el artículo 22 del DFL N° 707, tuvieron su primera formulación en la Ley N°3.845 de 1922 que reglamentaba "los contratos de cuenta corriente bancaria i los cheques" (Vid., texto refundido en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=24290&idParte=&idVersion=1922-02-21>)

En dicha normativa, de principios de siglo, se establecía que "El cheque es una orden escrita i jirada contra una persona para que esta pague a su presentación el todo o parte de los fondos que el librador tiene disponible en cuenta corriente con el librado."

A su vez el artículo pertinente al actual artículo 22° prescribía que:

"El librador deberá tener de antemano fondos disponibles suficientes en poder del librado. El que jirare sin este requisito, será responsable de los perjuicios irrogados al tenedor, i, en caso de dolo, será castigado coma reo de estafa.

El dolo se presume cuando el librador retirare voluntariamente los fondos disponibles después de jirado el cheque; cuando jire a sabiendas sobre cuenta cerrada, i

cuando, puesto en su conocimiento el protesto del cheque por falta de fondos, no los consignare dentro del tercero día, con el objeto de efectuar el pago.

El dolo puede purgarse efectuando el pago del cheque i costas dentro del tercero día desde el requerimiento judicial."

Posteriormente la Ley N° 7.489 de 1943 vino a modificar la ley sobre cuentas bancarias y cheques, reemplazándose el artículo 22° por el siguiente:

"Artículo 22. El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del Banco librado.

El librador que girare sin este requisito o retirare los fondos disponibles después de expedido el cheque, o girare sobre cuenta cerrada o no existente, o revocare el cheque por causales distintas de las señaladas en el artículo 26 y que no consignare fondos suficientes para atender el pago del cheque y de las costas judiciales dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto, será sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal, debiendo aplicarse las del número 3 aun cuando se trate de cantidades inferiores a las ahí indicadas.

En todo caso será responsable de los perjuicios irrogados al tenedor.

No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición.

Los fondos deberán consignarse a la orden del tribunal que intervino en las diligencias de notificación del protesto el cual deberá entregarlos al tenedor sin más trámite."

Del análisis de estos dos cuerpos normativos que sirvieron de antecedente al actual artículo 22° del DFL N° 707, puede destacarse, que en el primero de ellos (Art. 22

de la Ley 3.845) se establecía que el que girase sin los requisitos exigidos por la ley, era responsable de los perjuicios que pudiese provocarle al tenedor del cheque, **y sólo en caso de dolo sería castigado como autor del delito de estafa**. En otras palabras, se admitía la posibilidad de un giro culposo. Al mismo tiempo se establecían una serie de **presunciones legales** sobre el dolo, similares a las que el texto actual del inciso segundo del artículo 22° presume de derecho la responsabilidad penal, como analizaremos más adelante.

Por su parte, el texto del artículo 22° contenido en la Ley N° 7.489 de 1943 que fue incorporado por medio del actual DFL N° 707, establecía la misma redacción que el actual inciso segundo y quinto del artículo 22° con excepción del inciso octavo que fue incorporado por la Ley N° 19.806 de 2002 sobre normas adecuatorias a la reforma procesal penal. En esta redacción se eliminan las presunciones legales de dolo, se objetivizan las conductas penalmente reprochables, y se descarta la posibilidad de conducta culposa presumiendo de derecho la culpabilidad, como analizaremos a continuación en cada una de las infracciones constitucionales.

IV. FORMA EN QUE LAS INFRACCIONES SE PRODUCEN E INDICACION DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS POR LA APLICACION DE LOS PRECEPTOS LEGALES EN LA GESTION PENDIENTE.

La aplicación de los preceptos legales invocados y que inciden en la resolución de la gestión pendiente producen una grave vulneración de los derechos y garantías constitucionales amparados en nuestra Carta Fundamental y exigen la protección debida por parte de este Excmo. Tribunal.

Cabe hacer presente a VSE., que estamos en presencia de un procedimiento judicial en que se aplicará la potestad más gravosa contra mis derechos y libertades fundamentales, esto es, el poder punitivo o ius puniendi del Estado. Ello exige el cumplimiento de una serie de límites y requisitos constitucionales para que el desvalor

y aplicación de la conducta criminal sea establecida y aplicada en forma clara y legítima en el marco de un Estado Democrático de Derecho.

Asimismo, según se ha relatado en los hechos que sustentan este requerimiento estamos en presencia de una relación de carácter contractual y/o civil de la cual emanaron derechos y obligaciones que pudieran estar incumplidas, pero que para ser valoradas como constitutivas de un delito en su aplicación concreta deben cumplir con exigencias que salvaguarden principios y garantías constitucionales como: el principio de legalidad penal (reserva legal); culpabilidad; presunción de inocencia; proscripción de la prisión por deudas y de proporcionalidad de la ley penal.

En razón de lo expuesto, el análisis y alegación de las garantías fundamentales vulneradas por la aplicación de los preceptos legales, es el siguiente:

A. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL: RESERVA LEGAL DE LOS DELITOS Y LAS PENAS (ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO OCTAVO Y NOVENO EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 5 y 64 DE LA CONSTITUCION):

Esta garantía constitucional se encuentra consagrada y protegida en el artículo 19 N° 3, inciso octavo y noveno que disponen: *Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado, y Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.*

Esta exigencia pretende que sea efectivamente una ley, norma jurídica emanada del parlamento, en ejercicio del poder democrático representativo, el vehículo idóneo para establecer tanto el delito como la pena. De esta forma, según nos señalaba don Enrique Cury, *casi todos los ordenamientos punitivos en el presente se encuentran estructurados sobre la base del principio de reserva o legalidad, con arreglo al cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo, además, la clase de castigo a que se encuentra sometido - nullum crimen, nulla poena sine lege-. (Enrique Cury Urzua,*

Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8va edición ampliada, 2005, pp. 165 y ss.)

La exigencia de reserva legal de los delitos en materia penal supone que no se trate únicamente de una norma de rango legal (i.e. Decreto con Fuerza de Ley), sino que sea una ley propiamente tal, la que tipifique las conductas punibles, para luego continuar con el examen respecto a su vigencia, interpretación o nivel de tipificación (Vid., Giovanni Víctor Cisternas Velis, "El Derecho Penal y Procesal Penal en la reciente Jurisprudencia Constitucional de inaplicabilidad (2006-2010)", Cuadernos del Tribunal Constitucional, Numero 44, Año 2011). Esta regla tiene su fundamento en el reconocimiento de que sólo al legislador penal le corresponde la tipificación de los delitos, la valoración y protección de los bienes jurídicos y la necesidad de que esa tutela se haga por medio de normas jurídico-penales (Ibidem, p. 47).

Legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad y limitación en el ejercicio del poder (Artículo 1° y 5° inciso segundo de nuestra Constitución). **Desde el punto de vista formal el principio de legalidad significa que la única fuente productora de la ley penal es la ley que emana del parlamento conforme al procedimiento establecido en la misma Constitución** (Vid., Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires Argentina, pp. 110-1139). La ley penal formal es una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado.

A este respecto el Excmo. Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 1191-08, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad formulado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso en relación con la aplicación del artículo 137 del DFL N° 1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, sin perjuicio de declarar que la norma en cuestión estaba incorporada en "la conciencia jurídica del pueblo", estableció en su considerando decimoctavo: "Que, sin embargo, un análisis más detallado del artículo 64 de la Constitución permite constatar que la norma en cuestión regula la dictación de nuevas leyes delegatorias y de nuevos decretos con fuerza de ley, esto es, efectúa una

ordenación hacia el futuro, pues se refiere a la eventual autorización que el Presidente de la República recaba al Congreso Nacional para dictar decretos con fuerza de ley, las que a contar de la entrada en vigencia de la Constitución no pueden extenderse a las materias taxativamente indicadas en el precepto antes indicado". Así en el considerando vigesimotercero reitera: *Que en el caso sub lite existe efectivamente una norma de rango legal, dictada con anterioridad al hecho ilícito [...] a la cual se le ha realizado una leve alteración por parte de un órgano al cual no se le ha otorgado esa atribución constitucional". Y hace la prevención en su considerando vigesimosexto de que: Este Tribunal no puede sino prevenir a los órganos colegisladores de la imperiosa necesidad de revisar la legislación delegada existente y de adoptar los máximos y pronto resguardos para que, en pos de una mayor exigencia de seguridad jurídica, se revisen eventuales intervenciones o modificaciones en los decretos con fuerza de ley preconstitucionales efectuadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución, que puedan quedar al margen del límite máximo de una interpretación constitucional razonable y prudente, por afectarse derechos y libertades fundamentales.*

Por lo dicho, se debe precisar que estos cuerpos normativos son leyes únicamente en aquellas materias y dentro de los términos en que válidamente pueden serlo, pues el inciso segundo, tercero y cuarto del artículo 64 de la Constitución establecen los límites de esta potestad legislativa delegada del Presidente de la República.

En consecuencia, para estos efectos, la aplicación de los preceptos legales cuestionados en estos autos en el proceso criminal individualizado, en cuanto establece un delito asociado a una pena, materias que están indiscutiblemente comprendidas en las garantías constitucionales, irremisiblemente resulta contraria a la Constitución, por el solo hecho de estar contenido en un decreto con fuerza de ley.

Las normas de los incisos primero y cuarto del artículo 22° del DFL N° 707, que contienen los preceptos legales objeto de este requerimiento, no son parte de una ley en sentido estricto, son normas que están en un decreto con fuerza de ley que emana de una potestad reglamentaria del ejecutivo a través de una ley delegatoria (Ley N°

18.127 de 1982) promulgada con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 64 de nuestra Carta Fundamental. En dicho artículo, la Constitución establece que dicha autorización tiene límites y no puede excederse ni extenderse a materias sobre la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quorum calificado. En otras palabras, si el constituyente en el artículo 19 N° 3 ha constituido como garantía fundamental que los hechos constitutivos de delitos y las penas asociadas deben ser establecidos y descritos a través de una ley en sentido estricto, sólo le compete al legislador establecerlos.

La ley delegatoria N° 18.127 de 10 de junio de 1982, que sirve de base para el Decreto con Fuerza de Ley N° 707, no contempla dentro de las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo, la posibilidad de establecer delitos por medio de un decreto, por mucha fuerza de ley que este tuviese. En efecto, dicha ley restringió la delegación de la potestad únicamente a lo siguiente:

Artículo único.- Facúltase al Presidente de la República, por el plazo de un año, para que, al fijar textos refundidos de cuerpos legales, pueda además coordinar y sistematizar las respectivas normas y, para tal efecto, incorporar las modificaciones y derogaciones de que hayan sido objeto, tanto expresa como tácitamente, incluir los preceptos legales que las hayan interpretado, reunir en un mismo texto disposiciones directa y sustancialmente relacionadas entre sí que se encuentren dispersas, introducir cambios formales, sea en cuanto a redacción, titulación, ubicación de preceptos y otros de similar naturaleza, pero sólo en la medida que sean indispensables para la coordinación y sistematización. En el ejercicio de estas facultades, el Presidente de la República contará con todas las atribuciones necesarias para el cabal cumplimiento de los objetivos anteriormente indicados, pero ellas no podrán importar, en caso alguno, la alteración del verdadero sentido y alcance de las disposiciones legales vigentes.

A su vez, la Constitución tampoco contempla norma transitoria alguna que permitiera, después de su entrada en vigor, atribuir valor constitucional a los preceptos

legales que, contenidos en decretos con fuerza de ley, regularan materias prohibidas a esta especial clase de legislación.

El principio de que no hay delito ni pena sin una ley escrita, significa que sólo puede ser fuente del derecho penal una ley propiamente tal, esto es, aquella que se ha formado en conformidad a las normas constitucionales sobre la materia (ley en el sentido del art. 1° del Código Civil). Esta exigencia, fundada en el contrato social, conserva todo su valor para el Estado Democrático de Derecho. En efecto, indica Cury, *si ese Estado abriga la pretensión de crear el espacio más amplio posible para la convivencia y conciliación de quienes piensan y creen cosas distintas, es necesario que la prohibiciones y mandatos penales procedan de aquel de los poderes cuya configuración, por ser la más pluralista, otorga más posibilidades de expresión a los diferentes, ofreciéndoles una oportunidad de negociar sus contenidos y sus límites* (Ob. Cit., p. 169).

En definitiva, no son leyes en sentido estricto y, por consiguiente, no constituyen fuentes del derecho penal, los decretos con fuerza de ley, esto es, aquellas manifestaciones de la potestad normativa del Poder Ejecutivo que, en virtud de una delegación de facultades realizada por el Legislativo, regulan materias propias de una ley. La posibilidad de efectuar esta clase de delegaciones era cuestionada en general cuando regla el texto original de la Constitución de 1925 (Novoa, I. 90, pp. 127 y ss., citado por Cury Ob. cit., p. 170). La opinión prevalente las consideraba inconstitucionales y *desaconsejables políticamente*. La reforma constitucional de 1970 puso fin al debate, haciéndose patente la inconstitucionalidad de los DFL que crean delitos e imponen penas y finalmente en la Constitución de 1980 la solución aparece aún más enfatizada en el artículo 61 [actual artículo 64] en donde la prohibición de que la autorización se extienda a materias comprendidas por las garantías constitucionales no reconoce ahora excepción alguna (Ob, cit., p. 170).

Forma concreta en que se produce la infracción:

La aplicación de los incisos primero y cuarto del artículo 22° del DFL N° 707, en cuanto establecen: i) un tipo penal (el giro doloso de cheques); ii) regulan la conducta a

sancionar (girar cheques sin los requisitos establecidos); iii) definen los bienes jurídicos a proteger (patrimonio, derecho de prenda general); iv) resuelven acerca de la necesidad de sanción (penas del delito de estafa y otras defraudaciones) y v) excluyen la posibilidad de justificación y/o causales de atipicidad, están limitando las garantías y libertades fundamentales contenidas en el artículo 19 N° 3 inciso octavo y noveno de la Constitución, por medio de un instrumento normativo no idóneo, esto es a través de un decreto con fuerza de ley que no es una ley formal en sentido estricto, y en uso de potestades delegadas y restringidas por el artículo 64 de la misma Carta Fundamental.

En efecto, el inciso primero del artículo 22° cuando establece que *el librador que girare sin fondos o créditos disponibles, o retirare los fondos disponibles después de expedido el cheque, o girare sobre cuenta cerrada o no existente, y que no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque, de los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días desde la fecha en que se le notifique el protesto, será sancionado con la penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal, debiendo aplicarse las del N° 3 aun cuando se trate de cantidades inferiores a las ahí indicadas*, está describiendo una conducta típica que configura un delito y estableciendo penas propias del delito de estafa (Artículo 467 del Código Penal), por medio de una norma que no ha pasado por el trámite legislativo ordinario y que por lo tanto no es ley en sentido formal: nullum crimen, nula pena sine lege scripta.

Por su parte el inciso cuarto del referido artículo, al establecer que: *No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición*, está excluyendo y limitando por medio de una norma -contenida en un decreto con fuerza de ley- un elemento que es consustancial al tipo penal, esto es, el dolo o intención que motiva la conducta o una circunstancia que podría eximir de responsabilidad penal, en caso de que se acreditase que el cheque fue girado a fecha o como instrumento de crédito. En este caso la infracción concreta también se produce, por cuanto según la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 inciso octavo, ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, produciéndose en su aplicación

una limitación vía decreto y una infracción al principio de reserva legal contenido en la Constitución.

La aplicación de los preceptos legales contenidos en los incisos primero y cuarto del artículo 22° del DFL N° 707 infringen también el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) el cual establece: "Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta." Esta norma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incorporada en nuestro ordenamiento constitucional en virtud del inciso segundo del artículo 5° de nuestra Constitución, recoge en forma clara el principio de reserva legal de los delitos, en tanto que es la ley manifestación de la voluntad soberana, quien de manera exclusiva y excluyente puede establecer los delitos, describir las conductas, determinar las penas y la circunstancias que excluyen de responsabilidad penal.

En definitiva, la manera en que la aplicación de estos preceptos legales vulnera la garantía de legalidad penal y reserva legal, se verifica en este caso al configurarse y aplicarse un delito -giro doloso de cheques- con una pena - las del artículo 467 del Código Penal - a los hechos que están siendo conocidos en la gestión pendiente, limitando severamente y de modo ilegítimo las garantías fundamentales de este requirente, a través de normas penales que no están establecidas en una ley penal formal, sino que fueron creadas por medio de un decreto con fuerza de ley en uso de una potestad delegada, y cuyo contenido está expresamente proscrito por nuestra Carta Fundamental al infringir el principio de reserva legal en materia penal.

B. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD PENAL: NULLA POENA SINE CULPA (ARTÍCULO 19 N°3 INCISO SÉPTIMO EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 1° DE LA CONSTITUCIÓN):

Esta garantía fundamental en materia penal se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de nuestra Carta Fundamental: *La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.* Por su parte el artículo 1° inciso primero del texto constitucional establece el principio de dignidad de la persona humana al prescribir que

las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, reconociendo la autonomía subjetiva de la persona humana para ordenar su actuar y proscribiendo, por lo tanto, la presunción de derecho de la culpabilidad.

Según Jakobs, el principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. A su vez, la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad dolosa o culposa de una persona (Gunter Jakobs, *Fundamentos del Derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 15). Sin respetar el principio de culpabilidad la pena es ilegítima, si la pena no está limitada por la culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella. En otras palabras, la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública que se espera de ella, sino que debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor (Ibidem, p. 16).

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha derivado el principio de culpabilidad no sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena (Jurgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*, Extractos de sentencias más relevante, en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf).

Según indica el profesor Enrique Bacigalupo, la ley penal deberá someterse a las siguientes exigencias para satisfacer el principio de culpabilidad: i) que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa; ii) de conciencia de antijuridicidad o de punibilidad; iii) de imputabilidad y juicio de reprochabilidad; y iv) además de proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción. La inconformidad de la ley penal con estas exigencias puede derivar perfectamente en su inconstitucionalidad (Enrique Bacigalupo, *La Jerarquía constitucional del principio de culpabilidad*, en *Principios constitucionales del derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, pp. 99-111).

i) Existencia de dolo o culpa.

La noción fundamental del delito desarrollado por la dogmática penal moderna establece que delito es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable (Con o sin variantes, la doctrina nacional recoge esta noción; así Labatut, D.P., I, p. 74; Novoa, Curso, I, p. 224; Etcheberry, D.P., I, p. 118; Cury, D.P., I, p. 205. Otro tanto sucede con la doctrina extranjera: Bacigalupo, Lineamientos, p. 20; Bustos, Manual, Parte Gral., p. 148; Muñoz Conde, Teoría del Delito, p. 5; Sainz Cantero, Lecciones, 111, p. 220)

Tipo es la descripción hecha por la ley penal del comportamiento humano socialmente relevante y prohibido (acción u omisión), en su fase subjetiva y objetiva. Tipo y antijuridicidad son nociones distintas; ambas son cualidades o características que debe cumplir la conducta para ser delictiva. Tipo es la descripción abstracta de un comportamiento; antijuridicidad es un juicio de valor del comportamiento típico concreto. Tipicidad es una cualidad de una conducta, que consiste en adecuarse a la descripción típica; antijuridicidad es la constatación de no estar autorizado o permitido por el ordenamiento jurídico el comportamiento típico en la forma y circunstancias en que se llevó a cabo (Mario Garrido Monti, Derecho Penal Parte General, Torno 11, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Editorial Jurídica de Chile, pp. 49-50).

Por su parte, según indica Garrido Montt, se distinguen dos fases fundamentales en el tipo: la objetiva y la subjetiva. El tipo objetivo es la descripción objetiva de la actividad humana, externa o material – generalmente de naturaleza corporal- que efectúa el sujeto para concretar el objetivo que tiene en mente, o sea de la finalidad. El tipo subjetivo comprende la descripción de las exigencias volitivas, que dicen con la voluntariedad de la acción (finalidad) y a veces-cuando el tipo las contiene- referencias a determinados estados anímicos o tendencias del sujeto que han de concurrir en su ejecución. En otros términos, el tipo subjetivo está integrado por el dolo y los denominados elementos subjetivos del tipo (Idem, p. 52)

La circunstancia de que únicamente los comportamientos voluntarios finales del hombre sean los que tienen relevancia penal, consagra un principio medular para el

derecho penal: la pena comprende exclusivamente a los actos previsibles, **los actos cometidos con dolo o culpa**. Los actos con resultados previsibles pueden, a su vez, agruparse en dos grandes categorías: aquellos en que además de ser previsibles sus efectos, el sujeto los *quería*, contaba con ellos al realizar la acción, que constituyen los **actos dolosos**; y aquellos que no obstante ser previsibles sus consecuencias, el sujeto, al realizar la acción, no las previó o no contaba con que el efecto se produjera, que son los **actos culposos** (Idem, p. 74)

En tal sentido **dolo** es la conciencia (o conocimiento) y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. El dolo consiste en saber el sujeto lo que va a ejecutar y en querer hacerlo, por ello se identifica con la noción de finalidad y se incorpora como límite constitucional (dentro del principio de culpabilidad) para la imposición legítima de una pena en un Estado de Derecho.

En definitiva, el dolo es una exigencia general para la configuración del delito, la cual sólo puede desestimarse o prescindirse cuando ha previsto, junto al tipo doloso, el correspondiente tipo culposo. Sólo en tales casos excepcionales puede castigarse una conducta no dolosa - si a su ejecución concurre culpa- con una pena establecida y proporcional a esos efectos (Cury, Ob. Cit., pp. 305-306).

ii) **Conciencia de antijuridicidad.**

Según Cury, para que el dolo exista no se requiere que el hechor comprenda la criminalidad de su acto (conciencia de la antijuridicidad); por ello, un menor y un inimputable pueden obrar dolosamente: se exige que conozcan su acción, pero no que conozcan su ilicitud. La conciencia de la ilicitud del acto, de la conducta contraria a derecho, es lo que configura la antijuridicidad, elemento que también resguarda el principio constitucional de culpabilidad en materia penal.

El delito es un hecho antijurídico en cuanto es contrario a las valoraciones del ordenamiento, por lo tanto, antijuridicidad es desvalor (Idem, p. 354). Cuando se afirma

que la antijuridicidad consiste en el contraste entre la conducta del hechor y la norma, se presenta un concepto formal de la antijuridicidad y en que en términos negativos consiste en la existencia de causales que excluyen la responsabilidad o *causales de justificación* (Las causales de justificación son situaciones reconocidas por el derecho, en las que ejecución de un hecho típico se encuentra permitida, o incluso, exigida, y es, por consiguiente, lícita. Vid, Cury Ob, Cit., p. 363).

Este elemento es particularmente importante para el principio de culpabilidad, toda vez que, la conciencia de que se está actuando conforme a derecho amparado por una circunstancia justificadora, implica la imposibilidad de imponer una pena por actos lícitos en un Estado Democrático de Derecho.

iii) Reprochabilidad o culpabilidad subjetiva del autor.

La concurrencia de la tipicidad y de la antijuridicidad determina el carácter delictivo de un hecho, pero no permite sancionar al sujeto que aparece como su autor, a menos que pueda personalmente reprochársele ese comportamiento, y esto exige, no analizar el hecho, sino el sujeto en sus condiciones particulares (Garrido Monti, Ob. Cit., p. 195).

La culpabilidad o juicio de reprochabilidad, es una valoración subjetiva determinada por las condiciones del autor en el caso concreto. Es una apreciación particular en tomo al autor del delito en tanto pudo o no pudo exigírsele otra conducta dadas las circunstancias fácticas del caso. En otras palabras, son las condiciones que hacen que el autor sea merecedor de pena y por lo tanto cierra el sistema de responsabilidad penal por el hecho.

En la actualidad, no obstante, las distintas posiciones, hay casi unanimidad en cuanto a que sin culpabilidad no puede imponerse pena y por lo tanto la reprochabilidad de la conducta es un elemento amparado por el principio constitucional de culpabilidad, que proscribe la presunción de derecho de la responsabilidad penal y el tratamiento de la persona como un objeto para los fines de la pena.

iv) Proporcionalidad de la pena

Respecto a este elemento nos referiremos más adelante y en detalle al tratar la infracción al principio de proporcionalidad de los delitos y las penas.

Forma concreta en que se produce la infracción:

La infracción al principio constitucional de culpabilidad se produce por la aplicación a la gestión pendiente de los preceptos legales contenidos en los primero, segundo, quinto y octavo del artículo 22° del DFL N° 707 antes citados, por cuanto dichas normas establecen un estatuto de responsabilidad penal objetiva, presumen de derecho la responsabilidad penal e imponen una pena aflictiva a un acto o conducta ausente de dolo o culpabilidad.

En efecto, el inciso primero y segundo del artículo 22° del DFL N°707 al establecer que: "El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del Banco librado. **El librador que girare sin este requisito o retirare los fondos disponibles después de expedido el cheque, o girare sobre cuenta cerrada o no existente**, o revocare el cheque por causales distintas de las señaladas en el artículo 26, **y que no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque**, los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto, **será sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal**, debiendo aplicarse las del N°3), aun cuando se trate de cantidades inferiores a las ahí indicadas", está sancionando con las penas del **delito doloso de estafa y otras defraudaciones** a una hecho que puede ser ejecutado sin dolo o sin intención de defraudar, cuando por ejemplo el acto de girar el cheque es ejecutado para garantizar obligaciones futuras o como instrumento de crédito, que luego no son pagadas por insolvencia.

¿Es legítimamente posible -al alero del principio constitucional de culpabilidad- que se impongan, sin excepción, penas por fraude y estafa a un hecho que pudiera ser atípico, sin dolo o incluso culposo?

¿Es admisible que un tipo penal contenido en un decreto con fuerza de ley contemple actos que pudieran ser lícitos o atípicos pero que de todas formas se presume de derecho la responsabilidad penal y se imponga al autor una pena por un delito?

Elo a todas luces es inadmisibile dentro de un Estado Democrático de Derecho. Y configura una responsabilidad penal objetiva absolutamente proscrita en nuestro ordenamiento jurídico penal y constitucional. Si la responsabilidad objetiva en sede administrativa ya es del todo discutible por la doctrina y jurisprudencia, la responsabilidad penal objetiva está expresamente prohibida por nuestro sistema penal y por el artículo 19 N° 3 incisos séptimo de la Constitución al prohibir al legislador presumir de derecho la responsabilidad penal.

Es ilustrativo a este respecto el primitivo artículo 22° contenido en Ley N° 3.845 de 1922, que exigía la concurrencia de dolo para estimar configurado un delito:

*Art. 22-. El librador deberá tener de antemano fondos disponibles suficientes en poder del librado. El que gire sin este requisito será responsable de los perjuicios irrogados al tenedor, i, **en caso de dolo, será castigado como reo de estafa.***

Esta norma, absolutamente conforme con el principio de culpabilidad quedó derogada por el nuevo artículo 22° del DFL N° 707 que eliminó en su redacción la exigencia de dolo para habilitar la imposición por reconducción de las penas del delito de estafa y estableció en dicho inciso un sistema de responsabilidad penal objetivo.

Este argumento se ve confirmado a su vez por lo prescrito en el inciso quinto y octavo del mismo artículo 22° objetos de impugnación por este requirente, toda vez que, al señalar que: "No servirá para eximirse de responsabilidad **la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior** a la de su expedición." y "El pago del cheque, los intereses corrientes y las costas judiciales, si las hubiere, constituirá causal de sobreseimiento definitivo, **a menos que de los antecedentes aparezca en forma clara que el imputado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar.** El

sobreseimiento definitivo que se decrete en estos casos no dará lugar a la condena en costas prevista en el artículo 48 del Código Procesal Penal.", están confirmando que el artículo 22° referido a establecido para cualquier girador de un cheque una responsabilidad penal objetiva por ausencia de fondos, al sancionar con penas del delito de estafa actos que pudieran haber sido ejecutados de forma lícita y sin ninguna intención o dolo de defraudar. Ello es confirmado, en el inciso octavo arriba citado, iquando el precepto legal descarta la posibilidad de sobreseimiento por pago de la deuda en caso de **haberse ejecutado el giro con ánimo de defraudar!**

VSE., ¿no es un elemento del tipo del delito de estafa o de fraude el acto de engañar a un sujeto con la intención o propósito de defraudar? En esto la doctrina penal nacional e internacional están contestes. En otras palabras, siguiendo lo prescrito en el inciso octavo del artículo 22° impugnado así el giro del cheque es cometido sin la intención de defraudar podría ser un delito ¿Se puede imponer a todo lugar una pena de fraude a quien no ha tenido el propósito o dolo de defraudar? En definitiva, lo que está sancionando el inciso segundo del artículo 22° del DFL 707 es un acto objetivo que puede ser atípico o carente de dolo con las penas de un delito doloso (Artículo 467 del Código Penal).

Resulta ilustrativo también citar la norma del artículo 467 del Código Penal que establece las penas por el *delito* establecido en el artículo 22°, esto es, las penas por el delito de estafa y otros engaños:

8. Estafas y otros engaños

Art. 467. El que defraudare a otro en la sustancia, o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:

1°. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2°. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3°. Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuno a treinta unidades tributarios mensuales.

En el caso particular de este requirente, y en las gestiones pendientes que motivan la presente acción de inaplicabilidad se está acusando a esta parte de haber girado cheque por **la suma total \$3.905.580.-** de pesos y en la que de prosperar el juicio oral simplificado, con la mera evidencia de los documentos protestados el tribunal podrá aplicar los incisos del artículo 22° impugnados, dictando una condena como autor del delito de giro doloso de cheques arriesgando la PENA MÁXIMA contemplada en el artículo 467 del Código Penal, esto es, presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuno a treinta unidades tributarios mensuales, en atención al monto total del documento girado y sin necesidad de verificar la concurrencia o no de dolo de defraudar en el acto imputado, toda vez que las normas impugnadas establecen una presunción de derecho de responsabilidad penal y un reproche penal objetivo, con clara infracción al principio constitucional de culpabilidad.

Aunque el cheque es una orden de pago, cierta jurisprudencia parece entender actualmente que si este es girado en garantía del pago de obligaciones pierde su calidad de cheque y, por lo tanto, no habilita para perseguir la responsabilidad criminal del girador en los casos del artículo 22° (Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parle Especial, Editorial Jurídica, Segunda Edición, p. 467 y ss.). Por otra parte, según indica Politoff, Matus y Ramírez, tratándose del denominado "**cheque a fecha**", si la fecha es requisito esencial del cheque al punto que determina su vigencia o caducidad, un cheque *a fecha* parece tan desnaturalizado como un cheque "en garantía". Además, *un cheque a fecha* es, en la práctica comercial, **un instrumento de crédito** y no de pago, y en tales condiciones, **no sujeto a la protección penal** de esta última clase de instrumentos, siendo además contradictorio con las garantías a la

libertad personal que establece el nuevo ordenamiento procesal, concluir que tales instrumentos de crédito se encuentran garantizados personalmente, esto es, con la libertad del girador - aunque sea sólo en el momento de la sentencia definitiva-. (Idem, p. 468).

En la gestión pendiente, la aplicación de los preceptos legales impugnados, en especial lo prescrito en el inciso quinto del artículo 22° generan además una imposibilidad de prueba en contrario que permitan al querellado acreditar que el documento fue girado a plazo como instrumento crediticio al establecer el precepto que: **"No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior"**. Ello ha generado en el caso concreto que, para el juicio oral simplificado, esta parte no podrá probar la circunstancia de haber girado el cheque a fecha con el fin de descartar el dolo en la conducta en cuestión. Reafirmando, en definitiva, la responsabilidad penal objetiva de estas normas en plena infracción del principio de culpabilidad.

En el caso concreto de la gestión pendiente en que incide este requerimiento y como indicamos en los hechos que lo fundan, estamos en presencia de cheques girados "a fecha" como instrumentos crediticios en el marco de una relación contractual y, por lo tanto, al no constituir una conducta dolosa no debiese estar sujeto a la sanción penal que establece el propio artículo 22° del DFL N° 707 en relación al artículo 467 del Código Penal. Sin embargo, la aplicación de esas normas que presumen la responsabilidad penal a la hipótesis fáctica de los cheques protestados en mi contra genera una vulneración concreta y específica del principio de culpabilidad garantizado en la Constitución.

En otros términos, los preceptos del inciso primero, segundo, quinto y octavo del artículo 22° del DFL N° 707 al establecer una hipótesis de aplicación sin exigir culpabilidad, en el caso concreto de ser aplicados a la gestión pendiente en que no existe un actuar doloso de parte del sujeto activo, importan una infracción grave al principio nulla poena sine culpa como límite al ius puniendi estatal para fundar la exigencia de reprochabilidad que tiene como base la dignidad de la persona.

C. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE PRISIÓN POR DEUDAS (ARTÍCULO 19 N° 1 y N° 7 EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 5° INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN)

Si bien la prohibición de la prisión por deudas no se encuentra consagrada de modo expreso en nuestra Constitución, sin lugar a duda constituye una garantía fundamental que limita el ejercicio del ius puniendi del Estado y es posible recogerla implícitamente del texto constitucional y de los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile. En efecto, la Constitución en el artículo 19 N° 1 asegura: *El derecho a la integridad física, psíquica y prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo a las personas* y en su N° 7 asegura: *El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual*, es que en razón a lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución: *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*, la prohibición de la prisión por deudas está plenamente garantizada nuestro ordenamiento a través de los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por Chile.

A este respecto, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece expresamente que: *Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.*, y por su parte el artículo 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que: *Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios*, consagrando el principio en cuestión como una garantía fundamental incorporada a nuestro ordenamiento constitucional por medio del artículo 5° inciso segundo de la Constitución más arriba citado.

Esta prohibición comprende en general toda deuda, independientemente de su fuente generadora. La Convención Interamericana no distingue el origen de la deuda para la aplicación de esta prohibición, por lo que podría sostenerse que, en principio, cualquiera que sea la fuente de la deuda, su incumplimiento no puede llevar consigo la

privación de libertad. En el caso de deudas originadas en el marco de una relación contractual, este principio cobra aún más relevancia, toda vez que el incumplimiento civil de un contrato no puede ser sancionado por medio de una sanción penal (Vid, entre otros Jorge Mera, Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno).

La interpretación de este principio internacional ha sido abordada por este Excmo. Tribunal Constitucional en la **STC Rol N° 519-2006** a propósito de un caso de prisión por no pago de cotizaciones previsionales regulado en el artículo 14 de la Ley N° 17.322. Si bien el requerimiento fue rechazado, el núcleo de la argumentación en torno al alcance de este principio fue definido por el Tribunal Constitucional al determinar que **la prohibición de la prisión por deudas está limitada a aquellas obligaciones que surgen de la contratación entre privados**, situación diversa a la presentada en el requerimiento, pues la obligación surgida por las deudas previsionales es de interés general, con trascendencia para los derechos de la seguridad social contemplados en la propia Carta Fundamental y, en fin, no puede asimilarse a los que deriva de un simple contrato entre privados (Sentencia citada en Cisternas Velis, Ob. Cit., p. 62).

Forma concreta en que se produce la infracción:

El castigo penal del *cheque a fecha*, instrumento de crédito, contradice expresamente lo dispuesto en el artículo 11 del PIDCP y en el artículo 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohíbe la detención o la pena de cárcel por deudas o por no poder cumplir una obligación contractual, situación que, tratándose de las provenientes de cheques a fecha se constituyen para cubrir, como en el caso de la gestión pendiente, obligaciones derivada de un acuerdo o convención de carácter civil.

La aplicación de los preceptos legales contenidos en el artículo 22° del DFL N° 707 significan la privación de libertad como consecuencia del no pago de una deuda a plazo. En efecto el inciso primero y segundo de la referida norma, imponen el sufrimiento de una pena al girador que no cumpla con su obligación de pago, al establecer que:

"El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del Banco librado. El librador que gire sin este requisito o retire los fondos disponibles después de expedido el cheque, o gire sobre cuenta cerrada o no existente, o revocare el cheque por causales distintas de las señaladas en el artículo 26, **y que no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque,** los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto, **será sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal,** debiendo aplicarse las del N° 3), aun cuando se trate de cantidades inferiores a las ahí indicadas".

El no pago de un cheque por falta de fondos hace nacer una obligación entre el girador y el beneficiario del cheque, el cual consiste precisamente en el pago de la obligación que emana del cheque, equivalente al monto en dinero girado, más los intereses corrientes y las costas. No obstante, la causa de la obligación derivada de un "cheque a fecha", como es el caso de las gestiones pendientes, emana de un vínculo civil contractual incumplido que por disposición de las normas impugnadas genera de pleno derecho responsabilidad penal y la imposición de una pena privativa de libertad, cuando no se diere cumplimiento en el plazo establecido en el inciso segundo del referido artículo 22° del DFL N° 707.

A su vez lo prescrito en el inciso octavo del referido artículo 22° al establecer que: "El pago del cheque, los intereses corrientes y las costas judiciales, si las hubiere, constituirá causal de sobreseimiento definitivo, a menos que de las antecedentes aparezca en forma clara que el imputado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar. El sobreseimiento definitivo que se decrete en estos casos no dará lugar a la condena en costas prevista en el artículo 48 del Código Procesal Penal.", confirman que la aplicación de la sanción privativa de libertad está supeditada al cumplimiento de la deuda emanada del cheque, de sus intereses y costas, configurando una infracción al principio fundamental en cuestión.

En el caso concreto este requirente, en el mes diciembre de 2019 gira cheque número 80911, virtud de una obligación emanada de un contrato de compraventa de mercadería y, en definitiva, emitió una orden al banco para que actúe en su cuenta corriente y le pague al querellante, en las fechas indicadas y con los fondos que éste fuera depositando por las ventas de los productos elaborados con las materias primas compradas a éste. Que la obligación provenga de las acciones propias del cheque, o como en el caso sub lite de una contrato de compraventa de mercadería, demuestra precisamente que estamos en presencia de una deuda civil y, por lo tanto, su incumplimiento no puede tener como consecuencia la privación de libertad, que es lo que ocurre cuando el no pago del cheque tiene aparejada como consecuencia la aplicación de las penas corporales que contempla el artículo 22 del DFL N° 707 en relación con el artículo 467 del Código Penal.

Esta situación se ve reforzada aún más cuando estamos en la hipótesis de un *cheque a fecha* como aquellos que dieron lugar a las gestiones pendientes ya que dichos documentos fueron entregados al igual que una letra o pagaré, todos instrumentos crediticios, para cumplir el pago en una fecha futura y su ejecución no importa en ningún caso un fraude o estafa como presume de derecho los preceptos legales contenidos en el artículo 22° del DFL N° 707 que han sido impugnados en el presente requerimiento.

La garantía de prohibición de la prisión por deudas exige dos elementos o etapas sucesivas: i) que estemos en presencia de una deuda y ii) que el incumplimiento o no pago de esa deuda acarree la imposición de una pena de cárcel. Estos dos elementos se verifican en la aplicación en el caso de los preceptos legales impugnados, toda vez que, en el artículo 22° del DFL N° 707 la deuda está constituida por la obligación del girador de abonar en la cuenta corriente fondos o dineros suficientes para el pago de una obligación que se ha contraído con el beneficiario del cheque. Esta obligación, así constituida, es decir, mediante el giro del cheque, da lugar además a la constitución de un título ejecutivo para su cobro, lo que resulta propio de las obligaciones de carácter civil. Por su parte, el incumplimiento del pago al beneficiario del cheque por no haber tenido este requirente los fondos suficientes, en el momento indicado, en el inciso segundo del artículo 22° trae aparejada una pena privativa de libertad que en el caso de

las gestiones pendientes y dado el monto total de los cheques y de la deuda podría aplicarse una pena aflictiva.

Así, el castigo penal del giro fraudulento de cheques, cuando estos son "a fecha", como indica el artículo 22° constituye una verdadera prisión por deudas, si lo que subyace es una relación contractual (Cisternas Velis, Ob. Cit., p. 61). En otras palabras, la aplicación de estos preceptos en el caso de las gestiones pendientes, producen que el incumplimiento de una obligación pecuniaria deriva ilícitamente en la privación de la libertad de este requirente, configurando la infracción al principio de prohibición de prisión por deudas.

D. INFRACCION AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LOS DELITOS y DE LAS PENAS (ARTICULO 19 N°2 y N°3 EN RELACION AL ARTICULO 5° INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCION)

Como hemos indicado, nuestra Constitución en su artículo 19 N° 3 garantiza la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley que describa expresamente la conducta a sancionar. A su vez el artículo 19 N° 2 asegura la igualdad ante la ley: *Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*. Es en este contexto que se enmarca el reconocimiento de una exigencia de proporcionalidad para el ius puniendi (legal) como una expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima (Juan Bustos y Hernán Hormazábal "Lecciones de Derecho Penal", Editorial Trotta, Madrid, Vol. 1, 1997, página 64. En similar modo Garrido Montt la define como *la facultad que detenta el Estado de precisar cuáles son las conductas que se prohíben y las penas o medidas de seguridad susceptibles de aplicar en cada uno de esos casos* Garrido Montt, Mario "Derecho Penal", Torno I, Parle General, 2005, segunda edición, página 24) y es, en esa medida, que la proporcionalidad supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los derechos. Este principio junto al de reserva legal en materia de derechos fundamentales y la garantía de su contenido esencial, conforman lo que se ha denominado "límites a los límites" que puede

establecer el Estado al ejercicio de tales derechos (Aldunate Lizana, (2008), p.256 y ss. Citado en Cisternas Velis, Ob. Cit., p. 66).

A su vez, la Constitución ordena que el ejercicio de la soberanía tiene como límite a los derechos fundamentales -artículo 5°, inciso segundo-. Lo exigido por la Carta Fundamental, en el campo de las penas y sanciones, ocasiona que, si se amenaza con reprimir una conducta a través de una pena o una sanción, la propia ley habrá de proveer resguardos para el eventual castigado. Una de aquellas salvaguardas es la garantía general y constitucional de la proporcionalidad de los delitos y de las penas.

Es en el Derecho Penal chileno sustantivo donde la proporcionalidad legislativa adquiere su mayor desarrollo. En esta disciplina el propósito del principio es asistir al legislador y al aplicador para que, al momento de la creación y del castigo de un delito, consideren los múltiples bienes jurídicos que las normas protegen y la diversidad de castigos que pueden imponerse (La proporcionalidad se encarna en que "«la existencia y entidad de la pena debe reflejar la presencia e importancia de la afección al bien jurídico, así como la concurrencia e intensidad de la responsabilidad del autor». Se trata de un juicio de carácter interno, de una comparación entre la sanción y el fin de la norma". María Magdalena Ossandón Widow *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa* Editorial Jurídica de Chile, página 463). La proporcionalidad "en la ley" penal, está recogida a modo de imperativo legal y constitucional. La forma en que se manifiesta este principio en la primera etapa de la proporcionalidad abstracta conduce al legislador a describir de forma más acuciosa a los tipos penales a que se les atribuya una mayor pena; y lo conmina a designar una sanción más gravosa, en caso de que el delito afecte a bienes jurídicos de mayor relevancia.

Cuando el legislador decide crear delitos y penas debe modelar dicha proporcionalidad abstracta a través de la consideración normativa de la gravedad de la conducta castigada de cara al bien jurídico protegido (Los autores no denominan de modo uniforme al parámetro al que debe atender el Legislador, ahora bien, todos están contestes en que el entre el binomio gravedad del delito y el bien jurídico protegido,

debe aparecer en la formulación legislativa el delito y la pena. Por ejemplo, Enrique Cury señala que "el punto de partida con arreglo al cual se consagra la pena amenazada por la ley en abstracto para cada delito en general, es la magnitud del injusto respectivo, la que, a su vez, deriva de la evaluación del desvalor de acción y resultado del hecho tipificado" Enrique Cury Urzua "Derecho Penal" Parte General, 10ª edición, 2011, página 698; Mario Garrido Montt menciona que la proporcionalidad legislativa existe cuando "el legislador, al prescribir la sanción en abstracto y de manera general. Considera la naturaleza del bien jurídico, la agresión de la cual lo protege y la trascendencia social del delito" Garrido Monti, Mario "Derecho Penal", Torno I, Parte General, 2005, 2ª edición, página 50; María Magdalena Ossandón señala que "una de las cuestiones claves para determinar la proporcionalidad de una norma penal es la fijación de la gravedad de la conducta que se sanciona, en particular, por referencia al bien jurídico que se lesiona o se pone en peligro" María Magdalena Ossandón Widow "La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa" Editorial Jurídica de Chile, página 469).

Dicha tarea de elaboración de normas penales, e incorporación de la proporcionalidad en ellas, puede ser dividida en dos etapas, **(i)** una en que se describe del tipo, y otra **(ii)** en que se asigna una pena como consecuencia de aquel.

(i) En la descripción del tipo, el legislador evaluará cuales bienes jurídicos son relevantes, y señalará determinados escenarios en los que pueden verse afectados estos.

(ii) Por su parte, la proporcionalidad "en la ley" penal tendrá lugar en la asignación de la sanción, cuando la figura que posea más gravedad sea castigada con una pena más alta. Para cumplir tal cometido, el Legislador atribuyó "a cada delito la pena que estimó más en armonía con su naturaleza y carácter", fruto de lo cual reunió "a los delitos, agrupados según su afinidad en títulos y párrafos, y la unidad de las penas, reunidas en escalas graduales, y la relación que existe entre aquellos y éstas".

Ahora bien, todo este sistema se cae, cuando, la tipificación de delitos se realiza fuera de un Código, y más aún como en el caso sub-lite, cuando se tipifica un delito y se le imputa una pena, a través de un decreto con fuerza de ley que redirecciona su sanción

a otro cuerpo normativo en forma desproporcional, como veremos al analizar la forma concreta en que se produce esta infracción.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad en materia penal señala que la intervención limitativa de la ley sobre los derechos fundamentales es válida si cumple con a lo menos tres requisitos que pueden ser evaluados por la jurisdicción constitucional a la hora de determinar la correspondencia de la ley con la norma constitucional: i) que la limitación constituya un medio idóneo con el fin perseguido por el legislador (idoneidad); ii) que la limitación sea además necesaria (necesariedad); y que exista proporcionalidad entre los costos y beneficios perseguidos con la limitación (proporcionalidad en sentido estricto) (Cisternas Velis, Ob. Cit., p. 66).

En relación con el requisito de idoneidad podemos señalar que una norma penal será idónea si la conducta que pretende prevenir en el tipo penal es apta para afectar el bien jurídico que pretende proteger y al mismo tiempo si la pena que prevé es útil para desincentivarla. En el caso de la exigencia de necesidad, debe evaluarse si no existe una medida menos gravosa para los derechos fundamentales que la criminalización de una conducta y si existe una sanción menos gravosa que satisfaga el mismo fin perseguido. Finalmente, respecto a la proporcionalidad en sentido estricto en materia penal, debe ponderarse la limitación que se hace de los derechos fundamentales en juego con los beneficios obtenidos por la imposición de esa sanción penal. En términos simples el juicio de ponderación recae entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena asignada por el legislador penal.

Forma concreta en que se produce la infracción:

La infracción al principio constitucional de proporcionalidad, en el caso concreto se produce al aplicarse en la causa la norma contenida en el inciso segundo del artículo 22° del DFL N° 707, toda vez que, la conducta sancionada y la pena asignada a esta no es idónea, ni necesaria ni menos, proporcional.

i) Idoneidad entre la conducta y la pena asignada en el artículo 22° del DFL N° 707 en la gestión pendiente.

Respecto a esta exigencia del principio de proporcionalidad, se puede sostener que el precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 22°, en cuanto tipifica como delito penal y sanciona con las penas del artículo 467 del Código Penal a quien gire un cheque sin los requisitos establecidos en el mismo precepto e incumpla con su obligación al no consignar los fondos suficientes, resulta inidóneo de una manera directa para satisfacer el interés jurídico del acreedor de la obligación al no garantizar el pago de la deuda con la sanción penal que sólo contempla una pena privativa de libertad.

En tal sentido, la aplicación del precepto legal en comento, en la gestión pendiente en que incide este requerimiento genera una infracción al principio de proporcionalidad, por ser la norma inidónea para proteger el bien jurídico afectado mediante la criminalización de la conducta, en este caso, el incumplimiento de una obligación crediticia en el plazo pactado en el cheque.

ii) Necesidad entre la conducta y la pena asignada en el artículo 22° del DFL N° 707 en la gestión pendiente.

El criterio de necesidad inmerso en el principio de proporcionalidad, en este caso, tampoco se cumple en el precepto legal aplicado al caso ya que, entre las múltiples herramientas que el legislador dispone para lograr satisfacer el cumplimiento de la deuda por no pago del cheque, en el artículo 22 inciso segundo ha optado por la más limitativa de los derechos, existiendo otras formas menos gravosas para el logro de satisfacer el incumplimiento de una deuda civil. En otras palabras, la imposición de una pena privativa de libertad como la contemplada en inciso segundo del artículo 22 citado impone un sacrificio claramente innecesario al existir otras alternativas menos lesivas de los derechos fundamentales.

En efecto, la Ley N° 18.092 que dicta nuevas normas sobre letra de cambio y pagaré y deroga disposiciones del Código de Comercio, establece respecto a la letra de cambio que:

Artículo 79.- Todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes o endosantes, quedan solidariamente obligados a pagar al portador el valor de la letra, más las reajustes e intereses, en su caso.

Y en relación al pagaré:

Artículo 106.- El suscriptor de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio.

Artículo 107.- En lo que no sean contrarios a su naturaleza y a las disposiciones del presente título son aplicables al pagaré las normas relativas a la letra de cambio.

De esta forma, la aplicación del precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 22 del DFL 707 en las gestiones pendientes, al establecer una pena como la contemplada en el artículo 467 de/ Código Penal para un incumplimiento civil es innecesaria y produce una infracción a la garantía constitucional de proporcionalidad de la sanción, al existir sanciones menos gravosas que pudieran satisfacer el mismo objetivo crediticio.

i) Proporcionalidad estricta entre la conducta y la pena asignada en el artículo 22° del DFL N° 707 en las gestiones pendientes

La proporcionalidad estricta que debe existir entre conducta y la pena que prevé el inciso segundo de la norma del artículo 22°, también se ve afectada en su aplicación por cuanto el sacrificio de los derechos fundamentales en juego como la libertad, integridad y dignidad humana se encuentran en una relación desproporcionada con el tipo de conducta o acto cometido en las gestiones pendientes.

En efecto, el no pago a tiempo de una obligación crediticia emanada de un instrumento de pago como es el cheque a fecha se resuelve por la aplicación del precepto legal impugnado con una pena privativa de libertad, siendo absolutamente desproporcionado en atención a la naturaleza de la relación contractual y teniendo en cuenta además que para otros instrumentos crediticios de la misma naturaleza como letras de cambio o pagarés el legislador no ha establecido penas de cárcel.

Como vimos a propósito del criterio de necesidad la Ley N° 18.092 que dicta nuevas normas sobre letra de cambio y pagaré y deroga disposiciones del Código de Comercio, establece sanciones de naturaleza civil frente al incumplimiento de la obligación de pago de la misma clase de instrumentos.

En definitiva, la aplicación del inciso segundo del artículo 22° en la gestión judicial pendiente produce también una infracción al principio de proporcionalidad al establecer una desproporción entre la sanción impuesta y la conducta regulada en la norma, afectando esta garantía fundamental.

Finalmente existe una infracción al principio de proporcionalidad en sentido estricto entre la conducta y la pena, cuando el inciso segundo del artículo 22° referido, sanciona con las penas de estafa y otros engaños a una conducta desprovista de dolo, como es el incumplimiento de la obligación de consignar los fondos en el plazo establecido en el precepto legal invocado.

V. OBSERVACIONES FINALES Y PETICIÓN CONCRETA DEL REQUERIMIENTO

Como VSE., habrá podido apreciar a lo largo de esta presentación, nos encontramos ante una gestión judicial pendiente en que para resolver el asunto por delito de acción penal privada se hará aplicación de los preceptos legales contenidos en el artículo 22° del DFL N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, antes citado, provocando una grave infracción a los derechos y garantías fundamentales consagrados en los números 1°, 2°, 3° y 7° del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República, a saber:

- La limitación y privación de derechos fundamentales a través de la tipificación de un delito y la imposición de una pena privativa de libertad en un decreto con fuerza de ley en abuso de las restricciones establecidas en el artículo 64 de la Carta Fundamental provoca una violación del principio de legalidad y reserva legal contenido en el inciso octavo y noveno del artículo 19 N° 3 de la Constitución.
- La sanción penal de una conducta desprovista de dolo como es el giro de un cheque a fecha presupuesto fáctico de la aplicación de los preceptos legales invocados en la gestiones judiciales pendientes, provoca una clara infracción al principio de culpabilidad del artículo 19 N° 3 inciso séptimo y artículo 1° de la Constitución al establecer una presunción de responsabilidad penal de derecho y objetiva impidiendo a este requirente acreditar la ausencia de este elemento del tipo esencial para la legitimación del ius puniendi en un Estado Democrático de Derecho.
- La imposición de una pena privativa de libertad que en el caso de la gestión judicial pendiente puede llegar a ser aflictiva, implica que el legislador ha establecido en el artículo 22° del DFL 707 la posibilidad de una prisión por deudas o por incumplimiento de contrato, absolutamente proscrito por la Constitución en sus artículos 19 N° 1 y N°7 en relación al artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental.
- El establecimiento de un tipo penal y una sanción penal como la establecida en el artículo 467 del Código Penal a una conducta de incumplimiento de una obligación de carácter civil como la del caso de las gestiones judiciales pendientes provoca una grave infracción al principio constitucional de proporcionalidad recogido en los artículos 19 N° 2 y N° 3 de la Carta Fundamental, por ser este una tipificación inidónea, innecesaria y estrictamente desproporcionada.

En razón de estos argumentos y consideraciones, estimamos que la aplicación de los preceptos legales contenidos en los incisos invocados del artículo 22° del DFL N° 707, en la gestiones judiciales pendientes ante el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, configura una infracción clara y precisa de las normas y garantías constitucionales establecidas en los artículos 1, 5, 19 N°1, 2°, 3° y 7° y 64 de nuestra Carta Fundamental, siendo la aplicación de los preceptos legales invocados decisiva para la resolución de la causa penal en contra de este requirente.

POR TANTO, de acuerdo con lo expuesto, disposiciones legales citadas y demás normas pertinentes,

A VS. EXCMA. SOLICITO, tener por interpuesto recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo por resultar la aplicación de los preceptos legales e incisos invocados del artículo 22° del Decreto con Fuerza de Ley N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, contraria a lo dispuesto en los artículo 1, 5,19 números 1° , 2°, 3° y 7° y 64 de nuestra Constitución Política de la República, en la causa **RIT N° 11932-2020** y **RUC N° 2010067018-7**, seguida ante el **2° Juzgado de Garantía de Santiago**, acogerlo a tramitación y declararlo admisible a objeto que, en definitiva, se declare inaplicables estos preceptos en la gestión pendiente por ser su aplicación contraria a la Constitución.

PRIMER OTROSI: Solicito a VSE., tener por acompañados en forma legal los siguientes documentos:

1. Certificado expedido por el 2° Juzgado de Garantía de Santiago en que acredita la existencia de las gestiones judiciales pendientes en que incide este requerimiento, el estado en que se encuentra, la calidad de parte de este requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados, de fecha 22 de octubre de 2021.
2. Copia simple de la querella por delito de acción penal privada interpuesta con fecha 21 de diciembre de 2020 en causa **RIT N° 11932-2020**, ante 2° Juzgado de Garantía de Santiago.
3. Copia simple de la resolución del 2° Juzgado de Garantía de Santiago que declara admisible la querella interpuesta en la gestión pendiente **RIT 11932-2020** de fecha 22 de diciembre de 2020.

SEGUNDO OTROSI: De conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política de la República, artículos 32 N° 3 y 85 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, ruego a VSE., se sirva decretar, con carácter de urgente, la suspensión del procedimiento en la gestión en que incide este

requerimiento, en causa privada **RIT N° 11932-2020** y **RUC N° 2010067018-7**, oficiando al efecto al 2° Juzgado de Garantía de Santiago.

Fundamento esta solicitud en que de no mediar la suspensión del procedimiento que se solicita se hará imposible cumplir la sentencia que VSE., dicte en el evento de acogerse el requerimiento interpuesto en lo principal, puesto que existen razones fundadas para estimar que de no mediar la suspensión que en este acto se solicita, tendrá lugar el juicio simplificado en **la fecha fijada por el tribunal la cual es el día 01 de diciembre de 2021**, y en el que es altamente probable que se dicte una sentencia condenatoria por aplicación inmediata de los preceptos legales cuya inaplicabilidad se invocan en la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

De no suspenderse el procedimiento en la gestión pendiente en que incide este requerimiento, el agravio y perjuicio que se provocará en contra de mis derechos constitucionales será evidente, ya que de no suspenderse continuaré el juicio oral simplificado en el que por aplicación de los preceptos legales invocados se dictará probablemente una sentencia condenatoria con pena aflictiva y suspensión de derechos políticos.

SOLICITO A VSE., se sirva a acceder a lo solicitado disponiendo la suspensión del procedimiento individualizado, oficiando al efecto al 2° Juzgado de Garantía de Santiago.

TERCER OTROSI: Ruego a VSE., que conforme a lo dispuesto en el artículo 82 en relación al artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional de este Excelentísimo Tribunal, conceder a esta parte alegatos previo a resolver la admisibilidad del presente requerimiento.

CUARTO OTROSÍ: Ruego a VSE., si así lo estima procedente, se orden traer a la vista la carpeta digitalizada con todas las resoluciones del 2° Juzgado de Garantía de Santiago, en la causa privada **RIT N° 11932-2020**.

QUINTO OTROSÍ: Ruego a VSE., tener presente que designo abogada patrocinante y confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión don CRISTIAN ANDRÉS RODRÍGUEZ KURRER cédula de identidad N° 16.369.746-7, domiciliado en calle Huérfanos 863, oficina 817-818, Santiago, teléfono (56 2) 32233330 y correo electrónico crodriguez@logan-abogados.cl & don JAVIER IGNACIO MELLA LILLO cédula de identidad 17.364.697-0, con domicilio en calle Huérfanos 863, oficina 817-818, Santiago, y correo electrónico jmella@logan-abogados.cl, quien firma en señal de aceptación.